

University of Groningen

Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht

Verstijlen, Franciscus

Published in:

Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. (2015). Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6. In M. Holtzer, F. Leijten, & D. J. Oranje (editors), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (blz. 323-349). (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut; Nr. 128). Wolters Kluwer.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID IN HET GEMENE RECHT

De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6

1 Inleiding

Het ondernemingsrecht is een functioneel rechtsgebied. Het bergt vele andere rechtsgebieden in zich, brengt deze met elkaar in verband. Het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid biedt een voorbeeld. De zogenaamde externe aansprakelijkheid van bestuurders tegenover bepaalde wederpartijen van de rechtspersoon, is niets anders dan een toepassing van het gewone art. 6:162 BW. Maar bij deze toepassing op bestuurders dient men oog te hebben voor de plaats van de bestuurder binnen de rechtspersoon, zoals die in Boek 2 BW is geregeld en de omstandigheden waaronder hij opereert. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zien dat de ondernemingsrechtelijke inbedding van het onderwerp van groot belang is voor de ontwikkeling van het leerstuk.

Maar niet alleen bergt het ondernemingsrecht andere rechtsgebieden in zich, andersom – naar mijn indruk bestaat daarvoor veel minder aandacht – maakt het ondernemingsrecht deel uit van die andere rechtsgebieden. Het ondernemingsrecht moet niet alleen intern consistent zijn, maar ook consistent met deze andere rechtsgebieden in onze eenheid van rechtsorde.

Toegespitst op het onderhavige onderwerp: bestuurdersaansprakelijkheid betreft onrechtmatigedaadsrecht. Zoals bij de toepassing van art. 6:162 BW de ondernemingsrechtelijke context relevant is, moet vanuit de andere kant rekenschap worden gegeven van de karakteristieken van de onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid. Het gevaar van inconsistenties bestaat, met als mogelijk gevolg dat het wapen van art. 6:162 BW bot en onhandelbaar wordt en zijn functie niet meer kan vervullen.

In deze bijdrage behandel ik de vraag of het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid in het licht van de beide betrokken rechtsgebieden voldoende consistentie heeft. Is het hanteerbaar? Doet het recht aan de betrokken belangen, van bestuurder en gelaedeerde?

Het onderwerp heeft de afgelopen jaren – in het bijzonder de afgelopen twee jaar – aanleiding gegeven tot een ‘tsunami’ van literatuur en rechtspraak,¹ waarin blijkt van de worsteling met de dubbele natuur van dit leerstuk. De stoot tot de geïntensiveerde aandacht van de afgelopen jaren gaf het inmiddels beruchte arrest:

¹ Deze zijn bepaald niet tot stilstand gekomen nadat ik ter vergadering van de Vereniging op 22 mei 2014 de voordracht hield, die aan deze bijdrage ten grondslag ligt. Deze nieuwe rechtspraak en literatuur worden in deze bijdrage betrokken.

2 Van de Riet/Hoffmann c.s.

Ik neem dit arrest, ook wel aangeduid als *Spaanse villa*, als vertrekpunt.² Dat is weinig verrassend, want sinds het wijzen ervan nam zo ongeveer elk artikel en elke voordracht over dit onderwerp dit arrest als vertrekpunt. En terecht, want het is verhelderend over de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid en heeft een weeffout blootgelegd, een weeffout die niet is hersteld door de sindsdien verschenen rechtspraak, waarover hieronder meer.

Na alle aandacht die het arrest heeft gekregen, hoeven aan de casus niet veel woorden vuil te worden gemaakt. Het komt erop neer dat een indirect bestuurder van een makelaarskantoor, Van de Riet, bemoeienis heeft met de koop door het gezin Hoffmann van wat een ‘rampvilla’ blijkt te zijn. Er is geen bemiddelings-overeenkomst tussen de vennootschap en het gezin Hoffmann, maar Van de Riet mengt zich wel in de onderhandelingen met de projectontwikkelaar. Wanneer Hoffmann aan het einde van het verhaal een paar ton armer is en – letterlijk – een berg puin rijker, spreekt hij de vennootschap en Van de Riet aan. Beide partijen worden door het hof aansprakelijk gehouden; alleen Van de Riet gaat in cassatie en betoogt dat het hof te streng is geweest omdat hem geen voldoende ernstig verwijt treft. Een zodanig verwijt zou wel nodig zijn geweest voor persoonlijke aansprakelijkheid, zo betoogt hij, onder verwijzing naar *Ontvanger/Roelofsen*.³

Het antwoord van de Hoge Raad is dat geen ernstig verwijt nodig was omdat Van de Riets aansprakelijkheid erop berustte dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann; niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op die vennootschap rustende zorgvuldigheidsverplichting. In dat laatste geval zou wel een persoonlijk ernstig verwijt nodig zijn geweest.

Tout juridisch Nederland, althans iedereen die zich met aansprakelijkheid of vennootschapsrecht bezighoudt, is op het arrest gesprongen als een bok op een haverkist. Dat geschiedde aanvankelijk met verwondering en zorg. Zo bijvoorbeeld Raaijmakers in zijn noot in *Ars Aequi*, die sprak van “een erg ingrijpende beslissing”, die tot gevolg heeft dat de bestuurders de bescherming van het restrictieve criterium wordt onthouden.⁴ Kortom: een revolutie!

2 HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302.

3 HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659. Die verwijzing geschiedde in de schriftelijke toelichting, zo blijkt uit r.o. 3.4.1 (*Van de Riet/Hoffmann c.s.*).

4 M.J.G.C. Raaijmakers, *Costa Blanca*: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om, *AA* 2013, p. 128.

Later werd het arrest met meer rust, relativerend, benaderd. Het zou niet gaan over bestuurdersaansprakelijkheid. Zo bijvoorbeeld Stolp in het Nederlands Juristenblad:⁵

“Het enkele feit dat iemand (toevallig ook) bestuurder is, brengt vaak maar zeker niet altijd en automatisch mee dat zijn aansprakelijkheid dan wel zijn gedragingen zich in het kader van zijn bestuurstaakvervulling afspelen.”

Kortom: niets nieuws onder de zon.

Wat Stolp daar schrijft, is waar, maar het is ook niet waar. Hetzelfde geldt overigens voor Raaijmakers. Het ging – dat is waar – om een norm die niet specifiek op bestuurders rust maar op iedereen in eenzelfde situatie.⁶ Maar het ging wel degelijk om een handelen als bestuurder, verricht in het kader van diens functie binnen de vennootschap, toe te rekenen aan de vennootschap. Niet voor niets spreekt de Hoge Raad over een “aansprakelijkheid als bestuurder” en over “de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder”.

Dat de Hoge Raad het arrest inmiddels heeft ‘geherformuleerd’ maakt dat niet anders. In *Hezemans Air/Van der Meer* overwoog hij over *Van der Riet/Hoffmann c. s.*:⁷

“Dat arrest had niet betrekking op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had gehandeld in strijd met een op hem in die hoedanigheid van deskundig bemiddelaar rustende zorgvuldigheidsnorm. Zoals vermeld in rov. 3.2.2 van genoemd arrest had het hof immers (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad.”

De bestuurder is ‘betrokkene’ geworden.⁸ Maar zo gemakkelijk krijgt men deze geest niet in de fles. Een olifant verliest niet zijn slurf door hem een dier te noemen. Hij krijgt ook geen bulten door hem een kameel te noemen. Ik vestig er de aandacht op dat Hoffmann op de ‘Second home beurs’ met de vennootschap in contact kwam, die hem van informatie voorzag over het project waar de ‘rampvilla’ deel van uitmaakte, dat hij aanvankelijk door de andere (indirecte) bestuurder van de

5 M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht, *NJB* 2013/1344, p. 1447.

6 Dat was het centrale punt in mijn bijdrage, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013/551, p. 664-670.

7 HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21.

8 Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers in zijn noot, Tulip Air: Villa Mundo revisited, *AA* 2014, p. 936.

vennootschap, Van Eertwegh, werd bezocht, dat hij daarna door Van de Riet onder diens hoede is genomen, die hem van nadere informatie voorzag en dat de handelingen van Van de Riet aan de vennootschap werden toegerekend.

Zelfs als het waar is dat Van de Riet niet ‘als bestuurder’ c.q. ‘in hoedanigheid van bestuurder’ maar ‘als deskundig bemiddelaar’ optrad,⁹ blijft de vraag of, wanneer en waarom een persoon die bestuurder is van een vennootschap en optreedt in het kader van de werkzaamheid van de vennootschap – ‘in haar (toerekenings)sfeer’ – naar de ‘normale’ of de ‘soepele’ regels moet worden afgerekend.

Hier loert het gevaar van een woordenspel en gekunsteld taalgebruik. Om te voorkomen dat ik moet spreken over de aansprakelijkheid van ‘de betrokkene die als bestuurder fungeert en wiens handelen aan de vennootschap wordt toegerekend’, zal ik in het vervolg simpelweg (blijven) spreken over ‘de bestuurder’ en ‘bestuurdersaansprakelijkheid’. Diegenen die belang hechten aan het onderscheid lezen hierna voor ‘bestuurder’ steeds de eerstbedoelde woordenreeks.

De vraag blijft dus waar de grens ligt tussen de ‘normale’ en de ‘soepele’ regels voor de bestuurder.

Het is – nog steeds – mijn stelling dat die grens moet noch kan worden getrokken.

3 Bestuurdersaansprakelijkheid en onrechtmatige daad

Wat *Van de Riet/Hoffmann c.s.* heel duidelijk maakt, is dat het ook bij bestuurdersaansprakelijkheid gaat om een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Iedereen, ook een bestuurder, moet zich houden aan de normale in het maatschappelijk verkeer geldende regels. Om de terminologie van *Hezemans Air/Van der Meer* te gebruiken: de bestuurder is ook altijd in persoon *betrokkene*.

Het probleem bij bestuurdersaansprakelijkheid is dat we ons er rekenschap van moeten geven dat we uit de aard der zaak te maken hebben met twee rechtssubjecten, waarbij de een, de rechtspersoon, tegenwoordig is door de ander. Maar het feit dat de een de ander ‘vertegenwoordigt’ doet er niet aan af dat de bestuurder zijn eigen verantwoordelijkheid behoudt.¹⁰

Ook in hoedanigheid moet men zich houden aan de voor hem persoonlijk in het maatschappelijk verkeer geldende normen.¹¹ De omstandigheid dat iemand –

9 Dat blijft ook na *Hezemans Air/Van der Meer* bepaald kwestieus, want – anders dan de laatste zin van het citaat suggereert – heeft de Hoge Raad in r.o. 3.2.2 niet overwogen dat (slechts) de vennootschap niet als bemiddelaar optrad, maar dat “[o]ok als *Van de Riet en de Vennootschap* door Hoffmann c.s. niet mochten worden beschouwd als bemiddelaar [...] *Van de Riet en de Vennootschap* in hun door henzelf gepretendeerde hoedanigheid als deskundig bemiddelaar [cursivering FMJV]” zich de belangen van Hoffmann c.s. dienden aan te trekken.

10 *Asser/Van der Grinten I* 1990/177.

11 Daaraan doet niet af dat deze normen vaak – niet steeds – samenvallen met die welke voor de rechtspersoon gelden.

bijvoorbeeld – zijn kaartje heeft overhandigd en aldus als bestuurder naar buiten treedt, geeft hem geen vrijbrief te jokken, te beledigen, te flessentrekken, te beschadigen, te vernietigen.

Van de Riet mocht de door hem persoonlijk in acht te nemen zorgvuldigheid niet veronachtzamen en moest de gevolgen ervan persoonlijk dragen toen hij dat wel deed.

Vanuit het vertrekpunt van *Van de Riet/Hoffmann c.s.* kom ik bij de eerste constatering, nogal basaal maar van niet gering belang voor het onderwerp van vandaag: bestuurdersaansprakelijkheid buiten Boek 2 BW is onrechtmatiggedaadsaansprakelijkheid.

4 Een ‘normenvrije’ of ‘aansprakelijkheidsluwe’ zone?

Kan men zeggen dat de verantwoordelijkheid van een bestuurder voor de inachtneming van de op hem persoonlijk rustende normen anders is als de ‘bestuurstaak’ aan de orde is; of als de ‘primaire handelende partij’ de vennootschap is?¹²

Nee. Ook dan moet een bestuurder aan de normale voor hem persoonlijk geldende regels voldoen. Hij mag bijvoorbeeld ook niet jokken, beledigen, etc. als hij het woord voert op de algemene vergadering van aandeelhouders. Het is wezenlijk in ons recht – of zelfs, om het maar eens zwaar uit te drukken: voor ons ‘mens-zijn’¹³ – dat niemand zich van de verantwoordelijkheid voor zijn eigen handelingen kan ontdoen, ook niet door deze handelingen ‘in hoedanigheid’ te verrichten. Gevolmachtigden, wettelijk vertegenwoordigers, faillissementscuratoren, bestuurders, commissarissen, allen moeten de door hen persoonlijk in acht te nemen normen gehoorzamen.

De genoemde omstandigheden kunnen dus niet de grens markeren van een ‘normenvrije zone’ voor degene die als bestuurder fungeert. Maar de Hoge Raad hanteert wel een grens,¹⁴ niet zozeer van een ‘normenvrije zone’ als wel voor het aanleggen van een ‘aansprakelijkheidsluwe zone’. Waarom?

12 Beide omstandigheden worden wel gehanteerd om de grens tussen verschillende aansprakelijkheidsregimes of maatstaven voor aansprakelijkheid te markeren. Zie bijvoorbeeld M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht, *NJB* 2013/1344 respectievelijk S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend, diss. 2009, p. 128-137 en A-G L. Timmerman in diens conclusie voor *Van de Riet/Hoffmann c.s.*

13 In niet minder zware bewoordingen *Asser/Van der Grinten I* 1990/177: “de menselijke waardigheid zou worden tekort gedaan, indien het recht deze verantwoordelijkheid niet zou aanvaarden.”

14 En wel één die is geënt op de zojuist door mij verworpen criteria, zoals hierna aan de orde komt.

4.1 *Bang voor bange bestuurders*

Allengs wordt duidelijk dat ten minste een deel van het antwoord ligt in de angst voor ‘bange bestuurders’, die nu zo’n tien jaar rondwaart in Nederland.¹⁵ Als bestuurders al te snel persoonlijk aansprakelijk worden gehouden, worden zij overvoorzichtig, is de gedachte; met als gevolg een te weinig daadkrachtig bestuur en het achterwege blijven van gezonde ondernemingsinitiatieven.

Dat dit een bepalende factor is, bleek voor ‘interne’ gevallen uit *Willemsen Beheer e.a./NOM investerings- en ontwikkelingsmaatschappij*.¹⁶

“Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de door hem bestuurde vennootschap wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.”

Aanvankelijk legde de Hoge Raad bij de externe aansprakelijkheid een link met de interne aansprakelijkheid, doordat hij de drempel van het ‘voldoende ernstig verwijt’ legde, “mede gelet op zijn [des bestuurders; FMJV] verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW”.¹⁷

Dat was, meen ik, minder gelukkig, want de verhouding van de bestuurder tot een derde is van geheel andere aard dan die tot de vennootschap. Tegenover, bijvoorbeeld, een wederpartij van de vennootschap, heeft de bestuurder niet de plicht te ‘besturen’,¹⁸ dat wil zeggen de verplichting om in lengte van dagen en voortdurend op basis van een onbepaalde opdracht een veelheid van beslissingen te nemen en handelingen te stellen in het ook weer nogal onbepaalde ‘belang van de vennootschap’, dat dan weer het verzamelpunt vormt van de belangen van vele betrokkenen. Bovendien valt niet meteen in te zien waarom *een derde* het gelag zou moeten betalen van een hoge aansprakelijkheidsdrempel omdat het belang *van de vennootschap* met haar onderneming daardoor wordt gediend.

Inmiddels heeft de Hoge Raad in het hiervoor genoemde *Hezemans Air/Van der Meer* verduidelijking gebracht. De verwarrende verwijzing naar art. 2:9 BW komt

15 De uitdrukking is gemunt door M.J. Kroeze die zijn Rotterdamse inaugurele rede in 2005 deze titel meegaf.

16 Vgl. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21.

17 Zie HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*), maar ook *Van de Riet/Hoffmann c.s.*

18 Zie de noot van P. van Schilfgaarde onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, *NJ* 2013/302; A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na *Van de Riet/Hoffmann*: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, *WPNR* 7052 (2015), p. 212 en mijn bijdrage, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013/551, p. 667-668.

niet terug; de verwijzing naar het belang van de vennootschap met haar onderneming wordt verbreed:

“Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (vgl. HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21).”

Niet alleen de vennootschap met haar onderneming wordt geschaad door te defensieve bestuurders, maar ook het maatschappelijk belang. Wanneer bestuurders als bange vogeltjes in een hoek gaan zitten, verdwijnen onze werkgelegenheid en economie door het afvoerputje.

Er zitten nogal wat vooronderstellingen in deze redenering. Zouden bestuurders bij een lagere aansprakelijkheidsdrempel inderdaad hun handelen door defensieve overwegingen laten bepalen?¹⁹ Zou dat dan onwenselijk zijn, onwenselijker dan voor advocaten, artsen, bankiers, meteorologen, loodgieters, applicatieprogrammeurs, etc., ongeacht of zij hun activiteiten binnen een vennootschap uitoefenen? Is het wel de externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW tegenover derden die problematisch is?²⁰ En zelfs in die mate dat het maatschappelijk belang daardoor zou worden geschaad? Zouden de nadelige effecten van dit defensieve handelen groter zijn dan de schade die wordt voorkomen doordat bestuurders prudenter handelen?²¹ En is het verhogen van de aansprakelijkheidsdrempel de aangewezen

19 Empirische onderzoeken naar de relatie tussen aansprakelijkheid en defensief gedrag laten geen eenduidig beeld zien. Zie kritisch Asser/Vranken *Algemeen deel***** 2014/143; A.J. Verheij, Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?, Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging 2013, p. 97-102, alsmede, vooral over ‘defensive medicine’ G. van Dijk, Aansprakelijkheid en defensief gedrag: nuancering gewenst, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Civilologie*, 2013, p. 459-484. ‘Defensive medicine’ wordt door M.J. Kroeze in zijn bedoelde oratie, p. 2-4, gebruikt als afschrikwekkend voorbeeld. De empirische studies op het terrein van bestuurdersaansprakelijkheid zijn dunner gezaaid; Kroeze geeft op p. 6-8 vooral ‘anecdotal evidence’. Zo ook in een recentere publicatie, *Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen*, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Civilologie*, 2013, p. 886-888.

20 M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, 2005, p. 19-21 heeft daarover weinig klachten. Hij richt de pijlen vooral op art. 2:139 BW. Wel wijst hij op de aansprakelijkheidsrisico’s voor bestuurders van bedrijven in financiële moeilijkheden bij selectieve betalingen. Hij mondt evenwel niet uit in een pleidooi voor het criterium van het ‘ernstige verwijt’ – dat juist kritiek krijgt; zie noot 38 – maar in het benadrukken van het belang “dat hierover in rechtspraak duidelijkheid wordt verschaft”. Ik onderschrijf dat van harte.

21 B.H. McDonnell, *Sarbanes-Oxley, Fiduciary Duties, and the Conduct of Officers and Directors*, 2004, <http://ssrn.com/abstract=570321> (geraadpleegd op 4 maart 2015) die de positieve en de negatieve gevolgen, waaronder risicomijdend gedrag van bestuurders, tegen elkaar afweegt en op p. 49 uiteindelijk concludeert: “There are good reasons to hope that the net effects will be positive, but it will be a long time, if ever, before we have the kind of evidence needed to answer that question with any degree of confidence.”

remedie voor overvoorzichtige bestuurders, in plaats van dat een vennootschap die bang is dat haar bestuurders defensief gedrag gaan vertonen, die bestuurders vrijwaart of verzekert om aldus de veronderstelde vruchten te plukken van een daadkrachtig bestuur zonder dat derden de rekening betalen voor de ‘collateral damage’ van die daadkracht?²²

Het kan zijn dat het antwoord op al deze vragen bevestigend luidt. Maar het tegendeel kan ook waar zijn. Indien het antwoord op ook maar één van deze vragen ontkennend luidt, verliest de redenering haar kracht.

Ik moet zeggen dat de angst voor te defensieve bestuurders niet aansluit bij mijn beeld van de ontwikkelingen. Ik heb niet de indruk dat we het afgelopen decennium erg hebben geleden onder overvoorzichtige bestuurders. Veeleer geeft de financiële rampspoed zonder weerga die Nederland het afgelopen decennium heeft getroffen, reden te vrezen voor te expansieve, te weinig prudente bestuurders. Mag de tucht van het aansprakelijkheidsrecht zich hier juist niet wat meer in plaats van minder laten voelen?

Het lijkt me ook wat kort door de bocht te verwachten dat bestuurders op hoge aansprakelijkheidsrisico’s reageren door (te) defensief te worden. Men bedenke dat dat laatste, het laten liggen van kansen, ook aansprakelijkheidsrisico’s oplevert. Een logischer reactie zou zijn dat bestuurders ermee ophouden. Dat is natuurlijk ook maatschappelijk schadelijk, maar ik zie op dit moment weinig reden te vrezen dat bestuurders *en masse* het bijltje erbij neergooien om wortels te gaan kweken of landschapschilder te worden.²³

We moeten de zorgen voor te defensief gedrag serieus nemen, maar ook niet de ogen sluiten voor de gevolgen van het geven van immuniteit aan bestuurders voor

22 B.H. McDonnel, Sarbanes-Oxley, Fiduciary Duties, and the Conduct of Officers and Directors, 2004, <http://ssrn.com/abstract=570321> (geraadpleegd op 4 maart 2015), doet op zijn – door Kroeze meermalen aangehaalde stelling – dat een geringe stijging van de kans op aansprakelijkheid tot een onevenredige risicomijding kan leiden, volgen: “This effect is largely counterbalanced, however, by the fact that insurance and indemnification almost totally shield directors from liability unless they engage in deliberate self-dealing or fraud.” Bernard Black, Brian Cheffins en Michael Klausner, *European Financial Management*, Vol. 11, No. 2, 2005, 153-171 stellen, na een – enigszins tentatief – pleidooi voor een terughoudender aansprakelijkheidsregime (voor ‘outside directors’) op p. 169-170: “The US experience indicates that even if suits against outside directors are common, indemnification, D&O insurance and settlement incentives largely negate out-of-pocket liability.” W.C.T. Weterings, De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk, *Het Verzekerings-Archief* 4-2010, p. 164. T.a.p., p. 169 blijkt dat in bepaalde segmenten D&O-verzekeringen gemeengoed zijn; niet evenwel in het mkb-segment. Zie voor andere manieren waarop vennootschappen in de praktijk de aansprakelijkheidslast mitigeren R.J.J. Eshuis e.a., *Het aansprakelijk stellen van bestuurders*, 2012, p. 29.

23 Wel schijnen aansprakelijkheidsrisico’s voor (sommige?) bestuurders de belangrijkste reden te zijn voor het weigeren van een bestuursfunctie (zie M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, 2005, p. 7-8 en dezelfde, *Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen*, in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Civilologie*, 2013, p. 887-888), maar ik zou op basis daarvan niet durven zeggen dat ondernemingen in Nederland dientengevolge worden opgezadeld met ondermaatse bestuurders of kampen met ontstentenis van bestuurders.

hun eigen ‘gewoon’ onzorgvuldige gedrag. Het antwoord moet zijn dat de voor bestuurders persoonlijk geldende normen zodanig worden geformuleerd dat de aansprakelijkheidslast voor die bestuurder draaglijk is maar dat derden in wier belangen de bestuurder treedt voldoende bescherming wordt geboden tegen onzorgvuldig gedrag. Daarbij moet men er zich rekenschap van geven dat de positie van de bestuurder tegenover de derde met wie de vennootschap in enige betrekking staat, een andere is dan die van de bestuurder in persoon tegenover die derde.

Men bedenke bij dit alles dat we die norm sowieso zullen moeten formuleren. Voor aansprakelijkheid van de bestuurder persoonlijk is nu eenmaal nodig dat hij persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld. Vastgesteld zal moeten worden dat de bestuurder persoonlijk – en niet slechts de vennootschap – inbreuk heeft gemaakt op een subjectief recht, een op hem rustende wettelijke plicht heeft geschonden of heeft gehandeld in strijd met de hem persoonlijk betamende zorgvuldigheid.

4.2 *Primair en secundair handelen?*

Dat brengt mede dat ook het andere in *Hezemans Air/Van der Meer* genoemde argument van de primair handelende partij niet overtuigt.²⁴ Er zijn simpelweg twee handelende rechtssubjecten, ieder met een eigen verantwoordelijkheid. Dat het handelen van de bestuurder *geldt* als handelen van de vennootschap, neemt niet weg dat het óók – ik zou zelfs zeggen: éérs – een handelen van de bestuurder *is*. Dat dat handelen wordt toegerekend aan de vennootschap, betekent niet dat de bestuurder de zorgvuldigheid die hij *persoonlijk* tegen een derde heeft te betrachten, mag veronachtzamen. Het gaat er juist om vast te stellen te bepalen wat van de bestuurder persoonlijk kan worden verwacht en wat op de weg van de vennootschap ligt.

Indien de bestuurder een vrijbrief krijgt het minder nauw te nemen met belangen van derden die hij zich (ook) persoonlijk dient aan te trekken, doet dat afbreuk aan de verantwoordelijkheid die de bestuurder voor zijn eigen handelingen draagt en de bescherming die de derde verdient. Een voorbeeld. Indien een natuurlijk persoon een werkplaats drijft, waarvan hij weet dat die onveilig is, is hij aansprakelijk tegenover een werknemer die als gevolg daarvan schade lijdt. Die persoon kan zich niet aan de ‘gewone’ hem in persoon betamende zorgvuldigheid onttrekken door ‘een bv’tje tussen te schuiven’. Indien hij als bestuurder van ‘dat bv’tje’ weet van de

²⁴ Ik laat daar welk gewicht dit argument heeft, nu uit *Van de Riet/Hoffmann c.s.* volgt dat ook wanneer het handelen aan de vennootschap wordt toegerekend – en in die zin die vennootschap ‘primair’ handelt – het gewone aansprakelijkheidsregime van toepassing kan zijn. Zie M.J. Kroeze in zijn noot onder *Hezemans Air/Van der Meer* (JOR 2014/296) en A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na *Van de Riet/Hoffmann*: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, *WPNR* 7052 (2015), p. 21. Of zou bij een toerekening aan de vennootschap van een handelen van een bestuurder die niet ‘als bestuurder’ handelt de bestuurder de ‘primair handelende’ partij zijn? Wat daarvan zij, ik mag aannemen dat dat dan geen grond zou zijn voor het hanteren van een hogere aansprakelijkheidsdrempel voor de vennootschap.

onveilige situatie of zelfs feitelijk de hand heeft gehad in het ontstaan daarvan en desondanks alles op zijn beloop laat, behoort de werknemer de bestuurder aan te kunnen spreken op het verwijtbaar schenden van een norm die (mede) op de bestuurder persoonlijk rust,²⁵ ook als dat verwijt in de gegeven omstandigheden niet ‘ernstig’ is.

Daarmee worden de bestuurder en de vennootschap niet gelijkgesteld. Die werknemer kan zich tegenover de vennootschap – zijn werkgever – bijvoorbeeld beroepen op art. 7:658 BW, welke bepaling in verhouding tot de persoon van de bestuurder geen toepassing kan vinden. Maar ook los van de arbeidsovereenkomst en van de functie als bestuurder, levert het een onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid op indien iemand in de geschetste omstandigheden een derde aan het onderwerpelijke gevaar blootstelt zonder zelfs maar te waarschuwen.

Het is kunstmatig dat te zien als een ‘bewerkstelligen van niet-nakoming’ van de arbeidsovereenkomst door de vennootschap. De bestuurder is niet aansprakelijk voor de wanprestatie (of onrechtmatige daad) van de vennootschap, maar voor zijn eigen handelen tegenover de derde.

Het is langs dezelfde lijn redenerend ook onzuiver dat in *Van de Riet/Hoffmann c.s.* onderscheid wordt gemaakt tussen een bestuurder die “in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting” en de bestuurder aan wie “het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar [de Vennootschap; FMJV] rustende zorgvuldigheidsverplichting”. Ook in dat laatste geval wordt de bestuurder niet aansprakelijk gehouden voor de onrechtmatige daad van de vennootschap, maar voor het feit dat de bestuurder persoonlijk tegenover de derde over de schreef is gegaan.²⁶

Het is niet voor niets dat in alle gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid – van vóór *Van de Riet/Hoffmann c.s.* en van ná dit arrest – de bestuurder aansprakelijk werd gehouden voor de schending van een norm die op hem *persoonlijk* rustte; ook in die gevallen waarin de Hoge Raad een ernstig verwijt vereist stelde, de *Beklamel*-gevallen daaronder begrepen.²⁷

25 Vgl. HR 15 oktober 1982, *NJ* 1984/21 (*Bahou/Jäckel*) waar werd geoordeeld dat de verplichting de veiligheidsvoorschriften uit de toenmalige Veiligheidswet 1934 (de voorloper van de huidige Arbeidsomstandighedenwet) in acht te nemen ‘naar verkeersnormen’ ook op een bestuurder in privé rustte, gezien het grote belang dat de aan zijn leiding toevertrouwde werknemers bij naleving van deze veiligheidsvoorschriften hebben.

26 Zo ook M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht, *NJB* 2013/1344, p. 1447 en M.J. Kroeze in zijn noot onder *Hezemans Air/Van der meer*, *JOR* 2014/296.

27 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286. Deze lijn van rechtspraak komt hierna nog separaat aan de orde. Zie hierover in dezelfde zin J.B. Huizink, Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?, *O&F* 2013, p. 29-32.

4.3 Op zoek naar de grens van de Hoge Raad

Uit het bovenstaande vloeit voort dat ik van mening ben dat noch het maatschappelijk belang van daadkrachtige bestuurders, noch de omstandigheid dat de vennootschap – primair of secundair – aansprakelijk is, reden is om een andere aansprakelijkheidsdrempel te hanteren dan de gewone in de relatie van de bestuurder tegenover een derde. Ook vloeit daaruit voort dat er geen verschil is tussen een handeling die in het kader van de taakvervulling van de bestuurder wordt gesteld of niet en of de handeling (ook) toerekenbaar aan de vennootschap is. Dat vloeit voort uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid als onrechtmatigedaadsaansprakelijkheid.

Ik voorspel dat het niet mogelijk zal blijken een zinvolle grens te vinden tussen de gevallen waar de ‘normale’ regels gelden – de *Van de Riet/Hoffmann c.s.*-gevallen – en de ‘aansprakelijkheidsluwe zone’ als in *Ontvanger/Roelofsen*. Het toerekenbaar zijn van een handeling aan de vennootschap is, zoals blijkt uit *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, niet bepalend. Volgens *Hezemans Air/Van der Meer* zou bepalend zijn “het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuurder”.

Maar dat kan naar mijn idee niet het bepalende criterium zijn, omdat een bestuurder ook bij het vervullen van zijn taak als bestuurder in contact kan komen met voor hem persoonlijk geldende normen; normen die belangen van derden beschermen, waarmee hij niet ‘gewoon’ – dat wil zeggen: niet ernstig – onzorgvuldig mag omgaan. De bestuurstaak is nu eenmaal ruim en weinig bepaald.

De casus van *Van de Riet/Hoffmann c.s.* is instructief. Kroeze is van mening dat de activiteiten van Van de Riet niets met de bestuurstaak hadden uit te staan.²⁸

“Het bemiddelen bij onroerendgoedtransacties kan weliswaar worden toegerekend aan de vennootschap, maar het is geen bestuurshandeling, net zo min als het aanleggen van een waterleiding door een loodgieter of het geven van een advies door een advocaat dat is, ook al zijn beiden tevens bestuurder-aandeelhouder van hun vennootschap.”

Maar behoort het niet tot de taak van de bestuurder klandizie aan te trekken en omzet te genereren en was Van de Riet niet juist daarmee bezig?

En zouden we het gedrag van Van de Riet anders waarderen als er wel een bemiddelingsovereenkomst met de vennootschap was gesloten? Zou Van de Riet dan in de andere categorie zijn gevallen, omdat het sluiten van overeenkomsten en het nakomen daarvan wel een bestuurstaak is;²⁹ en de geruststellende, op niets

²⁸ M.J. Kroeze in zijn noot onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, *Ondernemingsrecht* 2013/47.

²⁹ Zie de noot van W.J. van Andel en K. Rutten onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, *JOR* 2013/40.

gebaseerde mededelingen dan ‘bewerkstelligen van wanprestatie van de vennootschap’ zouden constitueren?

Mij dunkt dat dat gedrag dan op precies dezelfde wijze gewaardeerd en behandeld had moeten worden. Want, ook al handelt hij in het kader van zijn bestuurstaak, in hoedanigheid van bestuurder, namens de vennootschap en ook al constitueert dat handelen dan wanprestatie van de vennootschap, los van dat alles pleegde Van de Riet ook persoonlijk onrecht door uit de lucht gegrepen mededelingen te doen, wetende of moetende weten dat het gezin Hoffmann in het vertrouwen op zijn deskundigheid daarop ingrijpende beslissingen zou baseren;³⁰ en hij kan zich voor zijn persoonlijke (‘gewone’) onzorgvuldigheid niet verschuilen achter de vennootschap en zijn slachtoffers achterlaten met een waardeloze vordering op een insolvente vennootschap.³¹

En van de andere kant beschouwd, is het werkelijk gerechtvaardigd eenzelfde handelwijze strenger af te rekenen, alleen maar omdat die handelwijze *niet* door een bestuurder is verricht. Zou bijvoorbeeld in *Ontvanger/Roelofsen* de laatstgenoemde wel aansprakelijk zijn gehouden voor het schuiven met omzetten als hij ‘hoofd boekhouding’ was geweest in plaats van bestuurder?

Het lijkt mij allemaal geen enkel verschil uitmaken, als eenmaal vastgesteld is dat de desbetreffende partij een voor hem persoonlijk geldende norm heeft geschonden.

Indien oog wordt gehouden voor de onderscheiden positie van de bestuurder en de vennootschap, hoeft men niet bevreesd te zijn voor een te zware aansprakelijkheidslast. Het is bepaald niet zo dat een bestuurder steeds (ook) persoonlijk aansprakelijk is indien de vennootschap aansprakelijk is.

5 De eis van het (voldoende) ernstig verwijt

De Hoge Raad is een andere weg ingeslagen. Hij vertrouwt niet op een evenwichtige invulling van de door de bestuurder jegens derden in acht te nemen zorgvuldigheid, maar creëert een ‘aansprakelijkheidsluwe’ zone. Het instrument dat hij daarbij hanteert is het ‘ernstig verwijt’. Daargelaten dat uit het voorgaande, meen ik, voortvloeit dat er onvoldoende reden is om additionele drempels aan te leggen voor de aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde, is het door de

30 Vgl. de noot van W.J. van Andel en K. Rutten onder *Van de Riet/Hoffmann c.s.*, JOR 2013/40 over normen die voor deskundigen gelden, die blijven gelden voor de desbetreffende deskundige, ook als hij bestuurder van een (praktijk)vennootschap is, verwijzend naar HR 12 mei 2000, JOR 2000/146. Vgl. in ruimere zin J.B. Huizink, Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?, *O&F* 2013, p. 29-31.

31 Dat is in *Van de Riet/Hoffmann c.s.* vermoedelijk het geval, omdat het anders weinig zinvol zou zijn tegen Van de Riet door te procederen tot de Hoge Raad. Is de vennootschap niet insolvent, dan stelt zich de vraag van regres en draagplicht. De (in)solventie van de vennootschap is niet bepalend voor de norm die in het berechte geval aan de orde was.

Hoge Raad gekozen middel van het ‘ernstig verwijt’ weinig fraai,³² al is de wijze waarop dit instrument wordt ingezet in de loop der tijd geëvolueerd.

De Hoge Raad sprak in *Ontvanger/Roelofsen* over de eis van een ‘voldoende ernstig verwijt’, waarbij het erop leek dat voor een van de categorieën van bestuurdersaansprakelijkheid (bewerkstelligen niet-nakoming) een ‘ernstig verwijt’ vereist was, terwijl in een andere categorie (*Beklamel*) een minder ernstig verwijt of zelfs een ‘gewoon’ verwijt voldoende was voor aansprakelijkheid, omdat een bestuurder zich kon disculperen door aan te tonen dat hem geen ‘persoonlijk verwijt’ trof.³³

Dit ‘balletje-balletje’ met de ernst van het verwijt blijft in de rechtspraak na *Van de Riet/Hoffmann c.s.* achterwege. Volgens *Hezemans Air/Van der Meer* is voor de persoonlijke aansprakelijkheid vereist “dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt”. Over de vraag of het ‘voldoende ernstig verwijt’ nu helemaal tot het verleden behoort, zou men op basis van dit arrest nog kunnen twijfelen, omdat de Hoge Raad in de desbetreffende rechtsoverweging de categorie van het ‘bewerkstelligen van niet-nakoming’ behandelt, waarvoor hij ook voordien ‘gewoon’ een ernstig verwijt vereist stelde. Maar de twijfel wordt ‘beseitigt’ door het op dezelfde dag gewezen *RCI Financial Services/Kastrop*.³⁴ Hier was een geval in de categorie van *Beklamel* aan de orde en geeft de Hoge Raad een gelijklopende overweging als in *Hezemans Air/Van der Meer*. Hij voegt daaraan toe, toegespitst, op *Beklamel*-gevallen:

“Indien de bestuurder namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan en de vordering van de schuldeiser onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt, kan persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder worden aangenomen indien deze bij het aangaan van die verbintenis wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem persoonlijk ter zake van de benadeling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt [...].”

32 Ik laat de dogmatische onverkwikkelijkheden over de plaats van het ‘ernstig verwijt’ in de systematiek van art. 6:162 BW even daar. Ik verwijs daarvoor naar noot 32 van mijn bijdrage, *Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid*, *NJB* 2013/551 en in antwoord daarop B.F. Assink, *Verbindingen tussen bestuurdersaansprakelijkheid, bestuurdersaansprakelijkheid en civielrechtelijk bestuursverbod*, *WPNR* 6983 (2013), p. 570-571 en merk slechts op dat ik het aantrekkelijk noch verhelderend vind om te discussiëren in een begrippenapparaat waarin het onrechtmatig is om verwijtbaar te handelen en dat onrechtmatig handelen aan de bestuurder kan worden toegerekend omdat het hem verwijtbaar is. Vgl. A-G L. Timmerman in diens conclusie voor HR 27 februari 2015, *ECLI:NL:PHR:2014:2242*: “Vraag is telkens of de bestuurder van zijn optreden als bestuurder, persoonlijk een dusdanig zwaar verwijt kan worden gemaakt dat gezegd kan worden dat de bestuurder gehandeld heeft in strijd met een bepaalde op hem persoonlijk betrekking hebbende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 BW.”

33 Zie mijn bijdrage, *Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid*, *NJB* 2013/551, p. 667.

34 HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22.

We kunnen daaruit concluderen dat overtreding van – wat ik maar even noem – de *Beklamel*-norm, naar de huidige inzichten kwalificeert als een ‘ernstig verwijt’ en dat een bestuurder die zich van aansprakelijkheid wil bevrijden niet meer hoeft aan te tonen dat hem (helemaal) geen verwijt treft, maar slechts dat hem geen ernstig verwijt treft.³⁵

Wat daarvan zij, ook in de vereenvoudigde variant komt het mij voor dat het ‘ernstig verwijt’ een weinig gelukkig instrument is om de aansprakelijkheid te mitigeren. Het functioneert als een smoordeken, die het moeilijk maakt op een zinvolle manier te discussiëren. Het nodigt uit tot discussie over hoe ‘erg’ het is wat de bestuurder heeft gedaan, bergt het gevaar in zich van willekeur en verzandt gemakkelijk in een woordenspel. Het heeft kortom maar beperkt onderscheidend vermogen. Illustratief is *Kok/Maas q.q.*³⁶ Het hof had de aansprakelijkheid van de bestuurder afgedaan op grond van de ‘normale’ criteria van art. 6:162 BW en de bestuurder aansprakelijk gehouden voor een door hem verrichte selectieve betaling. De Hoge Raad meent evenwel dat hier het restrictieve criterium met het ‘ernstig verwijt’ van toepassing is, maar casseert niet omdat:

“in het bestreden oordeel [ligt] besloten dat K. wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de betalingen door Bouwbedrijf tot gevolg zouden hebben dat Bouwbedrijf andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, zodat hem van het bevorderen van die betalingen persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken”.

Dezelfde feiten die het hof kennelijk als ‘gewoon’ verwijtbaar had aangemerkt – het spreekt simpelweg over de ‘toerekening’ van de onrechtmatige betalingen aan K. – kwalificeert de Hoge Raad als ‘ernstig verwijtbaar’. Het eindresultaat is hetzelfde: de bestuurder is persoonlijk aansprakelijk.

Iets soortgelijks is gebeurd met de *Beklamel*-norm. Voordat de Hoge Raad het ‘(voldoende) ernstig verwijt’ vereist stelde, werden deze gevallen al vele jaren op grond van de normale criteria afgedaan. Is het nu in retrospect zo dat de bestuurders in die eerdere gevallen ernstig verwijtbaar hebben gehandeld of zouden zij nu niet aansprakelijk worden gehouden omdat wat zij deden nu niet ‘erg’ genoeg meer is?

Dergelijke discussies vertroebelen het zicht op waar het eigenlijk over zou moeten gaan: de vraag wat de derde überhaupt van de bestuurder – in tegenstelling tot de vennootschap – mag verwachten; anders gezegd, de door de bestuurder persoonlijk jegens de derde in acht te nemen norm.

35 Zie, aarzelder, A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na *Van de Riet/Hoffmann*: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, *WPNR* 7052 (2015), p. 212.

36 HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325.

Het is ook de norm die in hoge mate bepaalt hoe laakbaar het gedrag van de bestuurder is die haar overtreedt.³⁷ Dit toont ook de hiervoor geciteerde passage uit *Kok/Maas q.q.*: de Hoge Raad formuleert een norm – niet wetende of redelijkerwijs moettende weten dat betalingen van de vennootschap tot gevolg hebben dat de vennootschap andere verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden voor de schade – om daarop te doen volgen dat schending daarvan meebrengt dat de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken.

Het beste wat we kunnen doen is bestuurders duidelijkheid bieden over wat van hen wordt verwacht.³⁸ Dat is helemaal niet zoveel, in relatie tot derden, wederpartijen van de vennootschap. Bestuurders zijn niet om de haverklap aansprakelijk, ook niet als geen ernstig verwijt is vereist, zo min als een ander dan een bestuurder om de haverklap aansprakelijk is. Dat is niet alleen waardevoller voor de bestuurder die beslissingen moet nemen, maar ook voor de rechtsontwikkeling, die gebaat is bij scherpere en daarmee informatievere regels.³⁹

Als we het eenmaal eens zijn over een norm, zie ik ook niet in waarom een bestuurder niet aansprakelijk zou moeten zijn, als die norm verwijtbaar is overtreden. Het is, zoals gezegd, wel zaak de juiste norm te formuleren en onderscheid te maken tussen rechtspersoon en bestuurder. Bij het vinden van die norm kan de samenhang met – convergentie naar – het gemene recht, het strafrecht en het insolventierecht daaronder begrepen, een rol spelen. Sterker nog, die moet in onze eenheid van rechtsorde een rol spelen.

Om te bezien hoe dat kan werken, zal hierna een aantal gevaltypen de revue passeren. Het bestek van deze bijdrage laat natuurlijk niet toe het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid in zijn totaliteit te bestrijken. Ik beperk mij tot enkele van de belangrijkste gevaltypen. Ik begin met de klassieker.

6 Beklamel

Dit leerstuk is oud. Het dateert van voor de ‘Werdegang’ van het ‘verwijt’ via het ‘voldoende ernstig verwijt’ naar het ‘ernstig verwijt’. Een bestuurder die weet of moet weten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen en geen verhaal zal bieden voor de daardoor veroorzaakte schade en toch namens de vennootschap verplichtingen aangaat, is persoonlijk aansprakelijk. Zo was het in

37 Zie mijn bijdrage, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013/551, p. 670. Vgl. *RCI Financial Services/Kastrop* volgens hetwelk (onder meer) “de aard en ernst van de normschending” bepalend zijn voor de vraag of een verwijt als ernstig geldt. Welnu, de aard en de ernst van de normschending zijn afhankelijk van de norm die het betreft.

38 M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, 2005, p. 16-19 pleit juist voor scherpe normen en noemt nota bene het criterium van het ‘ernstig verwijt’ problematisch, onder meer door zijn vaagheid.

39 Het is een van de kernideeën van J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. 1992. Zie ook D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, diss. 2010, p. 50-53.

1989 en zo is het nu, ook al heeft de Hoge raad het gevaltype in de taxonomie van *Ontvanger/Roelofsen* geplaatst in de categorie van het ‘voldoende ernstig verwijt’ en in *RCI Financial Services/Kastrop* in die van het ‘ernstig verwijt’.

Ik zie niet dat dat tot andere resultaten heeft geleid of tot een andere waardering van de onderwerpelijke gedragingen. Slechts de bordjes zijn verhangen: we benoemen hetzelfde nu anders.

De *Beklamel*-gevallen maken ook duidelijk dat het argument van het ‘primair handelen’ niet past.⁴⁰ De ‘*Beklamel*-norm’ is een op de bestuurder persoonlijk rustende zorgvuldigheidsnorm. Een onderdeel van de norm is immers dat *namens de vennootschap* een schuld wordt aangegaan, wetende of moetende weten dat deze – kort gezegd – niet aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen. De bestuurder is niet aansprakelijk voor de niet-nakoming door de vennootschap, waarvoor de vennootschap, zo men wil, de primair handelende – en: enige aansprakelijke – persoon is. De bestuurder wordt verweten dat hij de wederpartij heeft opgezadeld met een waardeloze vordering.

Het verwijt is niet kenmerkend voor een bestuurder, maar is steeds op zijn plaats waar iemand optreedt voor iemand anders. Ook wanneer een gevolmachtigde, procuratiehouder, zaakwaarnemer, etc. namens een achterman een schuld aangaat, wetende of moetende weten dat deze – wederom: kort gezegd – niet aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen, is deze persoon aansprakelijk voor de schending van wat in wezen de *Beklamel*-norm is. Er is geen enkele goede reden waarom de bestuurder weg zou moeten komen met wat iedereen anders niet mag.

Het verschillend ‘afrekenen’ van dezelfde gedraging in strijd met dezelfde norm leidt tot merkwuurige gevolgen indien verschillende personen bij dezelfde kwestie zijn betrokken of zelfs dezelfde persoon in verschillende hoedanigheden. Het zou vreemd zijn indien de bestuurder die weet of moet weten dat de vennootschap insolvent is en toch opdracht geeft tot het plaatsen van een bestelling die dans ontspringt vanwege de voorgeschreven terughoudendheid en dat de procuratiehouder die hetzelfde weet of moet weten als de bestuurder en de bestelling daadwerkelijk plaatst wel aansprakelijk zou zijn. Nog vreemder zou het zijn indien een gevolmachtigde met het recht van substitutie die een door hem bestuurde insolvente vennootschap als ondergevolmachtigde aanwijst ‘off the hook’ zou zijn omdat hij aan het eind van de dag verplichtingen in de taakvervulling van bestuurder is aangegaan.

Zo’n eigenaardigheid toont het recente *X/Antea c.s.*⁴¹ X was (indirect) bestuurder van Crane Services. Hij sluit – naar aan te nemen valt: in privé – een koopovereenkomst met Antea c.s., waarbij Antea c.s. aandelen in Vialle verkoopt voor een bedrag van € 4,6 miljoen aan een of meer door X aan te wijzen personen of vennootschappen. X wijst Crane Services aan en aanvaardt namens Crane Services

⁴⁰ Zie paragraaf 4.2.

⁴¹ HR 6 februari 2015, *RvdW* 2015/260.

de verplichtingen uit de koopovereenkomst. X weet evenwel dat Crane Services niet beschikt over de middelen om de overeenkomst na te komen. Antea c.s. spreekt X aan. Het hof houdt X aansprakelijk voor schending van de *Beklamel*-norm, meer precies het aanvaarden van de verplichtingen.⁴² De Hoge Raad casseert omdat het hof niets had vastgesteld over het aan X te maken persoonlijke ernstige verwijt.

In de procedure lijkt uit beeld verdwenen dat diezelfde X in andere hoedanigheid Crane Services heeft aangewezen als koper en daarmee heeft bewerkstelligd dat Antea c.s. met een vordering op een insolvente partij werd opgezadeld. Ook dat lijkt me in strijd met de door X jegens Antea c.s. in acht te nemen zorgvuldigheid (en wellicht ook aanleiding geven tot een contractuele aansprakelijkheid). Hier kan dus de situatie bestaan dat X niet aansprakelijk is vanwege het aanvaarden van verplichtingen die de vennootschap niet kan aangaan omdat de ‘ernstigverwijtdrempel’ niet kan worden genomen, terwijl hij wel aansprakelijk is voor het aanwijzen van Crane Services, wat op hetzelfde neerkomt en doorgaans in één beweging geschiedt.

De *Beklamel*-norm is in ontwikkeling. Zo’n tien jaar na de introductie ervan, leerde de Hoge Raad dat er zich omstandigheden kunnen voordoen die rechtvaardigen of verontschuldigen dat de bestuurder schulden aangaat terwijl hij weet of moet weten dat de vennootschap die niet zal kunnen nakomen en geen verhaal zal bieden voor de daardoor veroorzaakte schade.⁴³ Het valt me moeilijk om die te verzinnen, maar het is zinvoller daarover te discussiëren dan over de graad van verwijtbaarheid. Net zoals het beter is te praten over wanneer een bestuurder ‘moet weten’ dat de vennootschap niet zal kunnen betalen, dan over de vraag hoe erg het wel niet is dat hij niet weet wat hij had moeten weten.

Een naar mijn idee belangrijker ontwikkeling ligt besloten in *Eurocommerce*, waarin de volgende casus voorlag.⁴⁴

Eurocommerce en Kloosterbrink houden (indirect) de aandelen in een vennootschap genaamd Vista. In onderling overleg tekenen zij een kapitaalinstandhoudingsverklaring ten behoeve van Fortis, die Vista financiert. Als het erop aankomt, blijkt Kloosterbrink niet te kunnen betalen. Eurocommerce spreekt de bestuurder aan op grond van *Beklamel*. Die beroept zich erop dat hij een financier in de coulissen had staan die onder voorwaarden bereid was Kloosterbrink te financieren – al zij het dat die bereidheid was geclausuleerd in die zin dat financiering slechts zou worden verstrekt als de zaken zich conform een bepaalde prognose zouden ontwikkelen. Er zou dus geen sprake zijn van een situatie dat hij wist of behoorde te weten dat Vista niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen: het was nog

42 Het ligt iets gecompliceerder omdat er ook een financieringsvoorbehoud werd gemaakt, welk voorbehoud niet op de juiste wijze werd ingeroepen. Ik abstraher hiervan; het gaat mij om de verschillende hoedanigheden van X.

43 Zie HR 8 februari 2000, *NJ* 2000/295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*).

44 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009/418.

niet bekend hoe de zaken zich zouden ontwikkelen; sterker nog, destijds ontwikkelden de zaken zich vooralsnog conform de prognose, was de stelling.

Hof en Hoge Raad houden de bestuurder toch persoonlijk aansprakelijk. Kloosterbrink c.q. haar bestuurder had geen onvoorwaardelijke garantie mogen afgeven zonder Eurocommerce te melden dat zij voor nakoming afhankelijk was van een financier die alleen onder voorwaarden bereid was te financieren c.q. heeft Eurocommerce ertoe gebracht een risico op zich te nemen dat wezenlijk groter was dan zij wist of kon begrijpen.

Zo ontwikkelt de *Beklamel*-norm zich van een 'digitale' regel tot een meer verfijnde risicoverdeling in de sfeer van de mededelingsverplichtingen.⁴⁵ In de oorspronkelijke variant mocht de bestuurder verplichtingen aangaan of hij mocht het niet, afhankelijk van de vraag of de bestuurder wist (of moest weten) dat de vennootschap niet aan de verplichtingen kon voldoen;⁴⁶ volgens *Eurocommerce* kan het zo zijn dat de bestuurder die niet weet (of kan weten) of de vennootschap niet aan haar verplichtingen kan voldoen, de wederpartij toch niet mag opzadelen met het risico dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen, zonder die wederpartij op de hoogte te stellen van de desbetreffende omstandigheden die dat risico bepalen.

Toch hebben zaken van bestuurdersaansprakelijkheid de neiging te graviteren naar *Beklamel*. Zo concludeert de Hoge Raad ook in *Eurocommerce* dat de bestuurder wist of redelijkerwijze moest begrijpen "dat Kloosterbrink niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen tegenover Fortis zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die Eurocommerce dientengevolge zou lijden".⁴⁷

Het is interessant de casus van *RCI Financial Services/Van der Meer* in dit perspectief te bekijken. Daar had Van der Meer als bestuurder een pandakte ondertekend waarmee een eerste pandrecht ten behoeve van RCI Financial Services werd gevestigd, terwijl hij (veronderstellenderwijs) wist dat dat eerste pandrecht niet tot stand kon komen omdat eerder al een pandrecht aan ABN AMRO was verstrekt. Het gevolg was dat RCI Financial Services uit de opbrengst van de verpande zaken niet de gehele opbrengst ad € 4.385.316,70 ontving, maar slechts € 1.183.028,35, het surplus nadat ABN AMRO was voldaan.

Toch hielden hof en Hoge Raad Van der Meer niet persoonlijk aansprakelijk, omdat de situatie niet zodanig was dat Van der Meer "wist of redelijkerwijze

45 Zie voor dit aspect van *Eurocommerce* en het hierna behandelde *RCI Financial Services/Kastrop*. A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na *Van de Riet/Hoffmann*: over het is, hoe het was en zou moeten zijn, *WPNR* 7052 (2015), p. 218-219.

46 Wetenschap dat de vennootschap misschien niet zou kunnen nakomen en geen verhaal voor de schade zou bieden, was onvoldoende. Zie HR 14 november 1997, *NJ* 1998/270 (*Henkel Nederland/JMG Promotie Holding c.s.*).

47 Ook S.C.J.J. Kortmann zet *Eurocommerce* volledig in deze sleutel, in zijn noot onder *RCI Financial Services/Kastrop*, *JOR* 2014/325, zich afzettend tegen A-G J. Spier.

behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden”, want “[d]e enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, brengt [...] nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt”. Het is immers mogelijk dat de vennootschap simpelweg aan haar verplichtingen voldoet.

Ik vraag me af of hier niet ook kan of moet worden gezegd dat Van der Meer RCI Financial Services met een aanzienlijk hoger risico heeft opgezadeld dan zij mocht verwachten, waarvan het op de weg van Van der Meer lag haar daarvan op de hoogte te stellen. Voorzichtigheid is op zijn plaats: (pre)contractuele mededelingsplichten rusten op de contractspartijen, niet op de bestuurder die zelf niet in enige (pre)contractuele betrekking met de wederpartij van de vennootschap staat. Maar kan onder omstandigheden niet toch gezegd worden dat die bestuurder de grenzen van het hem persoonlijk betamelijke overschrijdt door die wederpartij in zijn waan te laten? Dit geldt temeer indien de bestuurders – willens en wetens in strijd met de waarheid⁴⁸ – hebben verklaard, al dan niet op de voet van art. 3:237 lid 2 BW, dat op de verpande zaken geen beperkte rechten rustten.

Hoewel dit element in de cassatiemiddelen werd aangeraakt,⁴⁹ komt het in cassatie niet aan de orde. Ook hier toont zich de aanzuigende werking van *Beklamel*.

7 Selectieve (wan)betaling of betalingsonwil

Een belangrijke categorie van bestuurdersaansprakelijkheid wordt gevormd door de selectieve betaling, selectieve wanbetaling of betalingsonwil. De leerstukken lopen in elkaar over. Net als *Beklamel* dateren zij van voor de introductie van de eis van het ‘(voldoende) ernstig verwijt’. In de huidige taxonomie, uit *Ontvanger/Roelofsen*, geldt dit leerstuk als een vorm van ‘bewerkstelligen van niet-nakoming’. Dat arrest maakte al duidelijk dat (slechts) een ‘ernstig verwijt’ voldoende ernstig zou zijn. Zoals gezegd, is thans het ernstig verwijt over de gehele linie vereist.

Hier is in theorie een groot aansprakelijkheidsrisico, want in geval van een faillissement zal heel vaak blijken dat sommige schuldeisers zijn betaald en andere niet.⁵⁰ Misschien verklaart dat waarom de Hoge Raad voor deze categorie van de aanvang af de eis van het ernstige verwijt stelde.

Maar toch komt het mij voor dat die angst overtrokken is. Ook zonder die eis lijkt mij het risico voor persoonlijke aansprakelijkheid geenszins buitensporig groot. Wanneer we kijken naar de normale normen, dan is de conclusie dat een bestuurder persoonlijk tegenover een schuldeiser niet of nauwelijks een verplichting tot betaling heeft. De vennootschap moet betalen, niet haar bestuurder. Er moet iets

⁴⁸ In *RCI Financial Services/Kastro* kwam dat overigens niet vast te staan.

⁴⁹ Zie onderdelen 1.1 van het cassatiemiddel in principaal beroep.

⁵⁰ Het is een – het enige – problematische aspect van de externe aansprakelijkheid van bestuurders dat M.J. Kroeze in zijn oratie, *Bange bestuurders*, 2005, p. 21 signaleert.

bijzonders aan de hand zijn, wil er persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder kunnen zijn. Onder welke omstandigheden vinden wij het onbetamelijk van de bestuurder persoonlijk, indien de vennootschap háár schulden – waar, zoals gezegd, de bestuurder persoonlijk buiten staat – niet voldoet? Wanneer pleegt *de bestuurder* onrecht, indien *de vennootschap* wanpresteert?

Natuurlijk is niet betalen uit wrok, persoonlijke animositeit of koppigheid persoonlijk onzorgvuldig van die bestuurder. De bestuurder die verhindert dat een schuldeiser wordt betaald, hoewel hij weet dat de vennootschap moet betalen en kan betalen, handelt persoonlijk onzorgvuldig. Veelal zal een schuldeiser kunnen voorkomen dat hij het slachtoffer wordt van een dergelijk gedrag van de bestuurder door zijn vordering simpelweg op de vennootschap te verhalen, maar dat is anders als de vennootschap inmiddels insolvent is (gemaakt) of slechts door van krediet-faciliteiten gebruik te maken in staat is te betalen. Dan kan het leerstuk van de betalingsonwil uitkomst bieden.⁵¹

Het enkele feit dat sommige schuldeisers worden voldaan terwijl schuldeisers van gelijke of zelfs hogere rang onvoldaan blijven, is niet voldoende voor persoonlijke aansprakelijkheid. De bestuurder staat niet persoonlijk in voor betaling, maar ook niet voor het in alle omstandigheden in acht nemen van de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers door de vennootschap. Men bedenke dat hij – zoals (potentiële) wederpartijen van de vennootschap moeten weten – is gehouden voor het belang van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming te waken. Dat belang kan vergen dat sommige schuldeisers die cruciaal zijn voor de bedrijfsvoering – dwangcrediteuren – eerst worden voldaan, ook al is niet zeker dat andere schuldeisers ook zullen kunnen worden voldaan. De Hoge Raad heeft de vrijheid van de bestuurder – gezien in relatie tot de schuldeisers – te kiezen welke schuldeisers worden betaald vooropgesteld in *Zandvliet/ING*.⁵²

Interessant is de vraag – door Timmerman in diens conclusie voor dit arrest positief beantwoordt – of een betalingstoezegging door een bestuurder diens vrijheid inperkt. In het desbetreffende geval had de bestuurder toegezegd de opbrengsten van een bepaalde vordering te zullen gebruiken om een schuld aan ING af te lossen, waartegenover ING afzag van haar voornemen het krediet op te zeggen. Toen de bestuurder de opbrengst gebruikte om andere schuldeisers te voldoen, hield ING de bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk.

Ik ben geneigd de vraag ontkennend te beantwoorden. Een dergelijke betalingsbelofte, door de bestuurder namens de vennootschap gedaan, is niet wezenlijk anders dan de betalingsbelofte die in het aangaan van elke schuld ligt besloten. Indien het op betaling aankomt, kunnen overwegingen als zojuist geschetst er nog steeds toe nopen dat, als het erop aankomt, andere schuldeisers toch eerst worden

51 Vergelijk HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411 (*Van Waning/Van der Vliet*), het archetypische arrest in deze categorie.

52 HR 26 maart 2010, *NJ* 2010/189.

voldaan, bijvoorbeeld omdat dat nodig is om de inkomsten te genereren om de andere schuldeisers te kunnen voldoen.

Dat wil niet zeggen dat een betalingstoezegging steeds zonder gevolg blijft. Het kan zijn dat een toezegging moet worden begrepen als een persoonlijk instaan voor betaling door de vennootschap,⁵³ met name indien zo'n toezegging wordt gedaan in reactie op twijfels door de wederpartij over de financiële toestand van de vennootschap. Voorts kan een bestuurder met zo'n toezegging een wederpartij op het verkeerde been zetten en hem ertoe brengen een risico te aanvaarden dat groter is dan hij mocht verwachten. Indien die bestuurder bij het doen van de toezegging al weet of moet weten dat hij die toezegging niet zal kunnen nakomen, kan dat persoonlijk onzorgvuldig zijn tegenover de wederpartij die in dat vertrouwen met de vennootschap contracteert;⁵⁴ of – zoals in *Zandvliet/ING* – afziet van het veiligstellen van zijn positie.

Wat daarvan zij, de benadering van het 'inperken van de eigen vrijheid' komt in de overwegingen van de Hoge Raad niet terug. Hij sauveert simpelweg het oordeel van het hof, dat had geoordeeld dat het niet betalen van ING het gevolg was van betalingsonwil. Daarbij speelde een rol dat niet slechts dwangcrediteuren waren voldaan, maar dat een flink deel van de opbrengst was gebruikt om een aandeelhouder te voldoen.

Bij het invullen van de door een bestuurder persoonlijk in acht te nemen norm speelt het strafrecht een rol. Waar men kan twijfelen over de vraag of een bestuurder door toezeggingen etc. zijn persoonlijke vrijheid inperkt, is het heel duidelijk dat het strafrecht die vrijheid wel degelijk inperkt. Het strafrecht schrijft voor dat de bestuurder de rangorde tussen schuldeisers in acht moet nemen en wel aan die bestuurder persoonlijk.

Ik doel natuurlijk op de bepalingen over bedrieglijke bankbreuk. Art. 343 Sr bepaalt:

“De bestuurder [...] van een rechtspersoon, welke in staat van faillissement is verklaard, wordt gestraft [...], indien hij ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon: [...] op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement niet kon worden voorkomen, een van de schuldeisers op enige wijze bevoordeeld heeft of bevoordeelt.”

Deze bepaling geldt als een wettelijke plicht, waarvan de schending persoonlijke onrechtmatigheid oplevert, maar ook schuld: onder 'ter bedrieglijke verkorting van

53 Vgl. HR 30 juni 1989, NJ 1989/805 (*Knook/Melchers*) en HR 31 mei 1991, NJ 1991/777 (*Knook/Fiets-O-Fit*), beide niet over een bestuurder maar een bewindvoerder in surseance.

54 Het gaat hier in wezen om een positieve variant van het geval *Eurocommerce*, als in het slot van de vorige paragraaf behandeld. Daar ging het om het nalaten te vermelden dat de vennootschap voor nakoming afhankelijk was van derden, in de hier besproken gevallen om het actief wekken van een ongerechtvaardigd vertrouwen.

de rechten der schuldeisers van de rechtspersoon' moet immers worden verstaan "handelen met het opzet om de rechten van schuldeisers te verkorten", voorwaardelijk opzet daaronder begrepen.⁵⁵

Kortom, in deze omstandigheden kan het voldoen van een schuld, waardoor andere schulden (voor een groter deel) onvoldaan blijven, persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder opleveren.⁵⁶

Maar natuurlijk kan de maatschappelijke betamelijkheid verdergaande eisen aan de bestuurder stellen dan die welke in wettelijke plichten liggen besloten. Indien het selectieve betalen bijvoorbeeld zover gaat dat alle schuldeisers op één na worden voldaan – in welk geval men dus veeleer kan spreken van 'selectief wanbetalen' – en wegens het ontbreken van pluraliteit het faillissement niet kan volgen, kan juist dat gedrag persoonlijk onzorgvuldig zijn tegenover de onbetaalde schuldeiser.⁵⁷

Een dergelijke handelwijze is niet slechts onzorgvuldig indien de vordering van de schuldeiser in rechte vaststaat. In *Van der Valk c.s./Ingwersen q.q. en Mulder q.q.* was een litigieuze vordering aan de orde, waartegen de vennootschap een tegenvordering pretendeerde. De bestuurder werd niettemin persoonlijk aansprakelijk gehouden voor het overhevelen van alle activa naar een zustermaatschappij en het 'wegbetalen' van al het actief aan alle schuldeisers minus één. Voldoende – in de benadering van de Hoge Raad: voor een ernstig verwijt – is dat "de bestuurder ten tijde van het hem verweten handelen of nalaten ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat ondanks de gestelde tegenvordering een vordering op de vennootschap zou resterende".

De Hoge Raad lijkt de zorgvuldigheidsnorm nogal wat ruimer in te vullen dan die welke besloten ligt in art. 343 Sr. In de hiervoor in paragraaf 5 geciteerde overweging uit *Kok/Maas q.q.*,⁵⁸ ligt besloten dat voor aansprakelijkheid voldoende is dat de bestuurder "wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de betalingen door [de vennootschap; FMJV] tot gevolg zouden hebben dat [de vennootschap; FMJV] andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade". Dát constitueert reeds een ernstig verwijt. Dat gaat ver (en laat zien dat de kwalificatie 'ernstig verwijt' kennelijk toch niet zó'n hoge drempel is). De bestuurder hoeft dus niet te weten dat het faillissement van de vennootschap onvermijdelijk is, hoeft ook niet per se te weten dat andere schuldeisers onbetaald zullen blijven – dat hij het redelijkerwijs moest begrijpen

55 HR 9 februari 2010, *NJ* 2010/104. Vgl. HR 9 april 2013, *NJ* 2013/228: de bestuurder moet de "aanmerkelijke kans [hebben] aanvaard dat de schuldeisers door zijn gedragingen benadeeld zouden kunnen worden".

56 Zie HR 30 mei 1997, *NJ* 1997/663 (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*).

57 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/195 (*Van der Valk c.s./Ingwersen q.q. en Mulder q.q.*). Vgl. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727 (*Coral/Stalt*) waar het ging om de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij.

58 HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325.

is voldoende – en ook betalingen aan onafhankelijke derden kunnen hem aansprakelijk maken.

8 Onttrekken van goederen aan een zekerheidsverband

De rechtspraak over de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor het onttrekken van een goed aan een zekerheidsverband is minder overvloedig dan in de hiervoor behandelde categorieën, maar wel instructief voor het formuleren van de voor de bestuurder relevante norm. De rechtspraak toont ook hoe de discussie vaak in de twee categorieën van *Ontvanger/Roelofsen* wordt gevoerd, terwijl (ook) een andere vorm van onrecht aan de orde is.

Illustratief is *Ensing/IDM*.⁵⁹ Ensing Motors B.V. heeft in het kader van een leaseovereenkomst een pandrecht gevestigd op een Jeep Cherokee. Volgens die leaseovereenkomst is de vennootschap verplicht de auto “niet te verkopen, te verruilen, te bezwaren, te verhuren of in gebruik te geven”. Bestuurder Ensing verkoopt en levert de Jeep kort voordat aan Ensing Motors B.V. surseance van betaling wordt verleend aan zijn echtgenote en via een aantal tussenschakels, te weten vader Ensing sr. en een bedrijf genaamd ‘Chrysler-Ensing’, komt de auto in handen van (vermoedelijk) een derde te goeder trouw. De surseance van Ensing Motors B.V. wordt omgezet in een faillissement dat uiteindelijk wordt opgeheven wegens gebrek aan baten. IDM schiet er ruim f 80.000 bij in.

Zij stelt bestuurder Ensing persoonlijk aansprakelijk, stellende dat “Ensing als bestuurder van Ensing Motors B.V. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door in strijd met de bepaling van de leaseovereenkomst van 29 juni 1992 die auto aan het pandrecht te onttrekken, waardoor zij zich in het faillissement van Ensing Motors B.V. niet op de auto heeft kunnen verhalen en pro resto nog een bedrag van f 83.175,42 van die vennootschap te vorderen heeft”. Daarmee komt de discussie in het spoor van het ‘bewerkstelligen van wanprestatie’, waarvoor een ernstig verwijt vereist is.⁶⁰ Het hof houdt Ensing persoonlijk aansprakelijk, maar de Hoge Raad casseert omdat het hof onvoldoende heeft gerepsondeerd op door Ensing gevoerde verweren dat IDM “desgevraagd de auto ten tijde van de verkoop zeker [zou] hebben vrijgegeven” en dat hij “geen profijt [heeft] gehad van de gewraakte verkoop”. Deze verweren kunnen afbreuk doen aan het ernstige verwijt.

⁵⁹ HR 12 juli 2002, *JOR* 2002/160.

⁶⁰ Het onderhavige arrest dateert van vóór *Ontvanger/Roelofsen*, maar van na een voorloper daarvan, te weten HR 18 februari 2000, *NJ* 2000/295 (*New Holland Belgium/Oosterhof*). In dat laatste geval speelde iets soortgelijks. Daar was evenwel geen pandrecht aan de orde maar een consignatieverhouding. Tractoren die door een derde aan de vennootschap in consignatie waren gegeven, werden door de bestuurder overgedragen. Ook daar werd de discussie in de sleutel van het bewerkstelligen van wanprestatie gezet.

Maar in casu is er meer aan de hand dan dat een bestuurder de niet-nakoming van een overeenkomst door de vennootschap bewerkstelligt. De onderwerpelijke handelwijze constitueert ook inbreuk op een recht en schending van een wettelijke plicht, door de vennootschap en – in ieder geval wat het laatste betreft – ook door de bestuurder. De bestuurder deed het pandrecht teniet en schond een wettelijke plicht, te weten die welke besloten ligt in art. 348 Sr. Het eerste lid van deze bepaling luidt:

“Hij die opzettelijk zijn eigen goed of, ten behoeve van degene aan wie het toebehoort, een hem niet toebehorend goed onttrekt aan een pandrecht, een retentierecht of een recht van vruchtgebruik of gebruik van een ander, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en zes maanden.”

De omstandigheid dat een bestuurder als Ensing in hoedanigheid handelt, maakt niet dat hij zich persoonlijk niets aan deze norm gelegen hoeft te laten liggen. Hij schendt zelf – persoonlijk – ook een wettelijke plicht, te weten die welke besloten ligt in art. 51 Sr (jo. het genoemde art. 348 Sr).⁶¹ Niet alleen de rechtspersoon pleegt een strafbaar feit, ook degene die daartoe opdracht gaf of daaraan feitelijk leiding gaf. Kortom, ook de bestuurder in persoon – net als ieder ander – dient zich te onthouden van (opdracht geven tot of feitelijk leidinggeven aan) dergelijk gedrag en kan zich niet aan zijn verantwoordelijkheid onttrekken door zich te verschuilen achter de vennootschap.

Het komt mij voor dat de hiervoor genoemde, door Ensing gevoerde verweren – ‘als ik het gevraagd had, was de zekerheid vrijgegeven’ en ‘ik heb geen persoonlijk voordeel’ – die bij het bewerkstelligen van wanprestatie in de ‘ernstigverwijtbenedering’ kennelijk afbreuk kunnen doen aan de aansprakelijkheid, er in de onderwerpelijke benadering niet of nauwelijks toe doen.

En net zoals bij selectieve betaling de zorgvuldigheidsnorm verder kan gaan dan de strafrechtelijke norm, kan dat ook hier het geval zijn. Ik moet zeggen dat ik in dit perspectief bedenkingen heb bij de beslissing in *RCI Financial Services/Kastrop*, waar de bestuurder een zekerheidsnemer met een tweede pandrecht opzadelde omdat hij eerder een (eerste) pandrecht ten behoeve van een ander had gevestigd. Dit is weliswaar geen onttrekken van een goed aan een bestaande zekerheid, maar het effect is hetzelfde.

9 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

De moeilijkste categorie van gevallen, althans in theoretisch opzicht, zijn die gevallen waarin een bestuurder in zijn algemeenheid kwalitatief ondermaats bestuurt. Besturen is

⁶¹ Voor zover de bestuurder zelf al niet rechtstreeks art. 348 Sr overtreedt. Vgl. HR 22 april 2014, *RvdW* 2014/722, waarover nader A. Karapetian, De betekenis van het onttrekkingsbegrip van art. 348 Sr, *TvI* 2014/42.

als zodanig geen plicht, althans geen rechtstreekse plicht, tegenover wederpartijen c.q. schuldeisers van de rechtspersoon. Art. 2:9 BW is in die relatie niet van toepassing. Maar in het kader van art. 2:248 BW steekt dat bestuur toch weer de kop op in relatie tot de boedel, lees: wederpartijen c.q. schuldeisers van de vennootschap.

Daar valt veel over te zeggen, maar dat doe ik (hier) niet.⁶² Hoewel theoretisch interessant, speelt de aansprakelijkheid op deze grond in de praktijk geen rol van betekenis. Vermoedelijk wordt de gewone onrechtmatigedaadsvordering geëclipseerd door die van art. 2:248 BW.

Ik volsta met het volgende. Ik sluit zo'n vordering niet principieel uit. Met name in het zicht van faillissement moet een bestuurder zich realiseren dat de schuldeisers de eerste belanghebbenden zijn. Men komt snel aan bij concrete (rechts)handelingen die wel of niet door de beugel kunnen en niet des bestuurders bestuur in zijn algemeenheid: mocht de bestuurder een bepaalde vordering nog voldoen, mocht hij nog een zekerheid stellen, mocht hij een bestelling plaatsen, etc.? Het zijn concrete gedragingen waarmee de bestuurder een concrete voor hem persoonlijk geldende norm kan schenden. Het betreft in wezen de problematiek die in de vorige paragrafen is behandeld. Men kan ook zeggen dat dat handelen 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' oplevert, maar dat voegt dan in relatie tot individuele gelaedeerden weinig toe (in tegenstelling tot bij een door de curator op voet van art. 2:248 BW ingestelde vordering).

Los van dergelijke concrete (rechts)handelingen die bepaalde schuldeisers of de gezamenlijke schuldeisers direct schaden, houd ik het voor mogelijk dat een bestuurder voor diens bestuur als zodanig aansprakelijk is jegens een individuele schuldeiser. De bestuurder die de ene na de andere onverantwoorde investeringsbeslissing neemt, rampzalige transactie sluit, buitensporige verplichting aangaat, zodanig dat het de spankracht van de onderneming te boven gaat, die overoptimistische inschattingen maakt van de levensvatbaarheid van de onderneming, etc., kan op een gegeven moment, zelfs als afzonderlijke handelingen op zichzelf nog door de beugel zouden kunnen, geacht worden niet alleen onvoldoende zorgvuldig jegens de vennootschap te handelen maar ook jegens een schuldeiser van die vennootschap.

Wat die laatste verhouding betreft, is er weinig aan de hand zolang de vennootschap solvent of solvabel is, maar indien dat niet (meer) het geval is, komt persoonlijke aansprakelijkheid tegenover een schuldeiser in beeld. Bepalend is of de bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk handelend bestuurder met het oog op de belangen van de desbetreffende schuldeiser(s) zou doen, in wezen dus de norm van art. 2:248 BW.⁶³

⁶² Ik stelde deze materie iets uitgebreider aan de orde in Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013/551, p. 669-670.

⁶³ Zie HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/454 (*Panmo*).

Het zal in een dergelijke situatie natuurlijk in de regel zo zijn dat het faillissement van de vennootschap zal volgen. In die situatie ligt het meer voor de hand dat de curator optreedt op voet van art. 2:248 BW ten behoeve van de gezamenlijkheid van schuldeisers, al gaat de Hoge Raad – vermoedelijk – niet uit van exclusiviteit van de vordering van de curator.⁶⁴ Ik schrijf ‘vermoedelijk’ omdat het in de desbetreffende arresten ging om de samenloop tussen een onrechtmatigedaadsvordering van een individuele schuldeiser met een onrechtmatigedaadsvordering van de curator, ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Enige twijfel is op zijn plaats voor een vordering als de onderhavige omdat de Hoge Raad in art. 2:248 BW mogelijk wel een voldoende wettelijke grondslag voor exclusiviteit ziet. Die bepaling bood in het daar berechte geval evenwel geen uitkomst omdat die “slechts in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aan de curator van een gefailleerde besloten vennootschap de mogelijkheid biedt de bestuurders van die vennootschap aan te spreken voor het tekort in het faillissement”.⁶⁵

Gezien de omstandigheid dat de aan de bestuurder verweten handelwijze in het daar berechte geval stellig ook kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert, houd ik het erop dat de Hoge Raad de mogelijkheid van individuele onrechtmatigedaadsvorderingen op deze grondslag niet heeft willen uitsluiten.⁶⁶

10 Tot slot

Het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid is sterk in beweging. Uit het bovenstaande volgt dat die beweging mijns inziens niet in de goede richting gaat. Het leerstuk verwijderd zich van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht, zonder dat daar overtuigende redenen voor bestaan. Het gevolg is dat volstrekt gelijkwaardige gedragingen verschillend worden behandeld naargelang ze door een bestuurder of een ander worden verricht (ook al handelt die net als de bestuurder in een andere hoedanigheid). Derden die het slachtoffer worden van onzorgvuldig handelen van een bestuurder vinden onvoldoende bescherming. Dat levert geen problemen op indien de vennootschap solvent is, maar leidt tot onredelijke uitkomsten indien dat niet het geval is.

Er is onvoldoende grond voor het vereist stellen van een ‘ernstig verwijt’ indien de relatie tussen de bestuurder persoonlijk en een derde aan de orde is. De

64 Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96 (*Sobi/Hurks*) en HR 21 december 2011, *NJ* 2005/95 (*Lunderstädt/De Kok*). In het laatstgenoemde arrest heeft hij wel de mogelijkheid van voorrang van de vordering van de curator geschapen op grond van het ‘belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement’.

65 Zie *Lunderstädt/De Kok*, r.o. 3.4.4.

66 Naar ik eerder – in: *De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement: één voor allen én ieder voor zich*, *WPNR* 6502 (2002), p. 617-626 – betoogde: ten onrechte.

benadering van de Hoge Raad roept afbakeningsproblemen op waarvoor geen hanteerbaar criterium zal kunnen worden gevonden en leidt tot weinig vruchtbare discussies.

Aan het eind van de dag leiden de verschillende benaderingen niet per se tot verschillende uitkomsten, omdat wordt geschipperd met de waardering van het verwijt. De hanteerbaarheid van het systeem en de zuiverheid van de discussie komt dat niet ten goede.